

Oberlandesgericht Frankfurt

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§§ 275, 313, 326, 535, 536

- 1. Die in den Hessischen Verordnungen zur Bekämpfung des Corona-Virus im Frühjahr 2020 angeordneten Beschränkungen für Einzelhandelsgeschäfte begründen weder einen zur Mietminderung berechtigenden Mangel der gemieteten Gewerberäume, noch eine Unmöglichkeit der von dem Vermieter geschuldeten Leistung.**
- 2. Durch die Auswirkungen der COVID-19-Pandemie kann aber die Geschäftsgrundlage eines Mietvertrages schwerwiegend gestört sein, wenn die Vertragsparteien sie bei Abschluss des Vertrages nicht bedacht haben. Für die Frage, ob und in welcher Weise dieser Umstand zu einer Anpassung des Mietvertrages führt, sind sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.**
- 3. Erhebliche wirtschaftliche Beeinträchtigungen für den Mieter können von Beginn der Maßnahmen an zu einer Herabsetzung der Miete führen. Einer solchen Herabsetzung können aber eigene erhebliche finanzielle Verpflichtungen des Vermieters entgegenstehen.**

OLG Frankfurt, Urteil vom 17.09.2021, Az.: 2 U 18/21

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Frankfurt a.M. - 21. Zivilkammer - vom 23.12.2020 (Az.: 2-21 O 113/20) wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin wird nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aus dem Urteil zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 7.913,50 € festgesetzt.

Gründe:

I. § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO:

Der Beklagte vermietete an die Klägerin durch Mietvertrag vom 7.11.2011 Räumlichkeiten im Erdgeschoß und Keller des Anwesens Straße 1 in Stadt 1. zum Betrieb eines Sushi-Restaurants sowie im freien Ermessen des Mieters einschließlich dazugehöriger Bar und gegebenenfalls Sushi-Kochstudio für die Zeit vom 1.2.2012 bis zunächst zum 31.12.2021. Das ihr zustehende Optionsrecht übte die Klägerin nicht aus. Die Miete beträgt seit Mai 2019 monatlich 7.100,- € Nettokaltmiete zuzüglich einer Betriebskostenvorauszahlung von 500,- €, jeweils zuzüglich Umsatzsteuer, bei 19 % Umsatzsteuer also insgesamt 9.044,- €. Die Klägerin betreibt eine gastronomische Kette, die bundesweit an 14 Standorten unter der Marke „A“ ein Sushi-Restaurant betreibt. In dem Restaurant ist rund um eine Zubereitungsstelle ein Laufband angebracht, auf dem die eben vor den Augen der Gäste zubereiteten und auf das Laufband gestellten Speisen bzw. Portionen angeboten werden, die sich die Gäste selbst auswählen und vom Laufband nehmen können.

Aufgrund § 1 Abs. 1 Nrn. 2, 9, § 2 der Vierten Verordnung zur Bekämpfung des Corona-Virus der Hessischen Landesregierung vom 17.3.2020 (GVBl. 2020 S. 167), vom 1.5.2020 an in der Fassung der Verordnung vom 1.5.2020 (GVBl. 2020, 290), konnte die Klägerin ihren Restaurantbetrieb vom 18.3.2020 an bis zum 15.5.2020 nicht mehr durchführen. Vom 16.5.2020 an war eine gemäß § 4 der Hessischen Corona-Kontakt- und Betriebsbeschränkungsverordnung vom 7.5.2020 stark eingeschränkte Wiederaufnahme des Betriebs bei massiv verringerten Gästekapazitäten für die Klägerin möglich. Die Klägerin zahlte für die Monate April und Mai 2020 eingehend auf dem Konto des Beklagten am 29.4. und 28.5.2020 jeweils 4.522,- € (Kontoauszüge Blatt 293 f. der Akte). Die Miete für den Monat Juni 2020 zahlte sie nicht. Den Vortrag im Schriftsatz des Beklagtenvertreters vom 19.6.2020, Seite 4 (Blatt 60 der Akte), sie habe die Hälfte der Miete für Juni 2020 gezahlt, hat er im Schriftsatz vom 30.6.2021, Seite 2, nebst Anlage B 14 (Blatt 282, 286 der Akte) dahingehend berichtet. Die Klägerin eröffnete ihre Filiale wieder am 18. oder 19.6.2020. Von Juli 2020 an zahlte sie die Mieten wieder vollständig. Mit ihrer Klage verlangt sie Feststellung, dass sie aufgrund der behördlichen Einschränkungen während der COVID-19-Pandemie für den Monat April 2020 nur die Hälfte des vereinbarten Mietzinses und für den Monat Mai 2020 nur 5/8 der Miete schuldet. Hinsichtlich des weitergehenden Sachverhalts wird zunächst auf den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils Bezug genommen.

Das Landgericht hat durch Urteil vom 23.12.2020, der Klägerin zugestellt am 30.12.2020, die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die Klage sei zulässig aber unbegründet. Die behördlich angeordnete Schließung stelle keinen Mangel der Mietsache dar. Auch die Voraussetzungen für eine Anpassung des Vertrages wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage lägen nicht vor. Die Risikoverteilung in gewerblichen Mietverträgen dürfe nur in Fällen krasser Unbilligkeit abgeändert werden. Dass ein solcher Fall vorliege, habe die Klägerin nicht hinreichend dargelegt. Zwar hätten die Parteien das Risiko einer solchen pandemiebedingten behördlich angeordneten Betriebsschließung bei Abschluss des Vertrages nicht in Erwägung gezogen. Die Klägerin habe aber nicht hinreichend dargelegt, weshalb sie während des angeordneten Schließungszeitraums keinerlei Geschäftsaktivitäten, welche ein Betreten des Restaurants nicht erforderten, entfaltet habe. Es sei gerichtsbekannt, dass gerade Sushi oft außerhalb von Restaurants verzehrt werde. Die Klägerin habe nicht dargelegt, wie

hoch die Kosten für einzelne Angestellte gewesen wären, die den Außerhausverkauf hätten gewährleisten können. Beim Verzehr nur außer Haus fielen bestimmte Personalkosten nicht an. Daher sei nicht erkennbar, ob insoweit bei vermindertem Personaleinsatz die Personalkosten von dem zu erwartenden Rohertrag von 7.457,77 € gedeckt gewesen und ein darüberhinausgehender Gewinn zu erwarten gewesen wären. Dass der zu erwartende Rohertrag während des Zeitraums der angeordneten Schließung gesunken wäre, habe die Klägerin selbst nicht dargelegt. Es wäre ihr auch möglich gewesen, ihr Geschäftsmodell insoweit anzupassen, als sie die Kunden beispielsweise durch eine Speisekarte, gegebenenfalls mit Lichtbildern, über die Auswahl hätte informieren können. Dies gehe zu ihren Lasten und stehe einer Vertragsanpassung entgegen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des Urteils des Landgerichts Bezug genommen.

Mit ihrer Berufung verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter. Sie wiederholt ihre Ansicht, die behördliche Schließung des Restaurants falle nicht in ihre alleinige Risikosphäre. Die Risikoverteilung in § 535 Abs. 1 S. 2 BGB und § 537 Abs. 1 S. 1 BGB sei nicht abschließend. Das Pandemierisiko falle weder in das Verwertungsrisiko des Mieters noch in das Bereitstellungsrisiko des Vermieters. Dies entspreche auch dem Willen des Gesetzgebers des Art. 240 § 7 EGBGB. Nur in einem solchen Fall sei § 313 BGB anwendbar. Das Mängelgewährleistungsrecht sei kein geeignetes Instrument zur Erfassung dieses Sachverhalts. Sinn und Zweck des § 313 Abs. 1 BGB sei es, bei einem von keiner der Parteien verschuldeten und von keiner der Parteien zu tragenden Umstand einen interessengerechten Lastenausgleich zu schaffen und so zu gewährleisten, dass der Vertrag trotz der veränderten Umstände Bestand haben könne. Das Risiko müsse von beiden Seiten getragen werden. Die gesamtgesellschaftliche Entwicklung sei von beiden Vertragsparteien nicht vorherzusehen gewesen, eine einseitige Belastung des Mieters mit diesem Risiko verstoße daher gegen Treu und Glauben. Vielmehr sei von vorneherein von einer paritätischen Risikoverteilung auszugehen, weil sich in der pandemiebedingten Schließung kein unternehmerisches Risiko verwirkliche, das nur einer der Vertragsparteien zugewiesen sei. Dies entspreche dem Willen des Gesetzgebers, wie er in Art. 240 § 7 EGBGB zum Ausdruck gekommen sei.

Das Landgericht habe bei der Beurteilung der Unzumutbarkeit einen falschen Maßstab angewendet; auch habe es ihren Vortrag nur unzureichend berücksichtigt. Sie ist der Ansicht, sie sei nicht gehalten gewesen, alle zumutbaren Maßnahmen bis zur Leistungsgrenze zu ergreifen, um durch Anpassungen ihres Geschäftsmodells drohende Verluste abzuwenden. Das widerspreche vielmehr dem vertraglich vereinbarten Geschäftsmodell. Bei den betriebswirtschaftlichen Erwägungen des Landgerichts habe es sich um reine Mutmaßungen gehandelt, die unrichtig seien. Tatsächlich habe sie bereits erstinstanzlich im Schriftsatz vom 21.7.2020 (Blatt 106 ff. der Akte) unter Beweisantritt dargelegt, dass eine Öffnung für den Außerhausverkauf sogar zu zusätzlichen Verlusten geführt hätte. Die Personalkosten hätten auf 70 % der Kosten des regulären Betriebs gesenkt werden können. Schon diese Kosten hätten durch den zu erwartenden Rohertrag nicht einmal bei gleichbleibender Umsatzentwicklung getragen werden können; der Umsatz hätte vielmehr mindestens verdoppelt werden müssen. Hinzu wären weitere Kosten insbesondere für die Kühlung der Zutaten oder deren Verschnitt bei der Herstellung gekommen. Ihre Geschäftsführung habe in Abstimmung mit der Restaurantleitung unter Abwägung aller Umstände die Schließung als einzig sinnvolle Maßnahme gewählt. Die Richtigkeit dieser Entscheidung habe ein entsprechender Versuch während der zweiten Pandemiewelle in zwei Restaurants im Dezember 2020 gezeigt. Dort sei insbesondere schon der Umsatz zurückgegangen. Die Personalkosten hätten 132 % der Erlöse/Umsätze betragen, die Kosten für den Materialaufwand 35 % hiervon. Unter Berücksichtigung der weiteren Ausgaben des laufenden Betriebes sei eine

Unterdeckung von 14.402,- € eingetreten. Staatliche Hilfen mit Ausnahme des Kurzarbeitergeldes habe sie aufgrund ihres Geschäftsmodells nicht erhalten können. Auch eine Versicherung sei nicht eingetreten. Darlehen habe sie nicht in Anspruch genommen. Die Klägerin hält das Urteil für überraschend, da sich das Landgericht in seinem Hinweisbeschluss vom 19.11.2020 (Blatt 179 der Akte) nur auf die Personalkosten während der Zeit der Schließung bezogen habe, ohne auf seine weiteren betriebswirtschaftlichen Erwägungen zu einem Außerhausverkauf hinzuweisen. Ergänzend beruft die Klägerin sich auf ihr erstinstanzliches Vorbringen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Schriftsätze vom „9.2.2021“, eingegangen am 1.4.2021, vom 31.5., 25.7. sowie 27.8.2021 (Blatt 235 ff., 265 ff., 308 ff., 316 f. der Akte) verwiesen.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Landgerichts Frankfurt a.M. vom 23.12.2020 (Az. 2-21 O 113/20) abzuändern und festzustellen, dass der zwischen den Parteien bestehende Mietvertrag über das Gewerbemietobjekt Straße1 in Stadt1 vom 7.11.2011 dahingehend angepasst wird, dass die Klägerin

- im Monat April 2020 nur $\frac{1}{2}$ und
 - im Monat Mai 2020 nur $\frac{5}{8}$
- des vereinbarten Mietzinses schuldet.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen,

vorsorglich,

die Revision zuzulassen.

Er beruft sich auf die Begründung des Landgerichts sowie auf seinen erstinstanzlichen Vortrag. Er ist der Ansicht, die Voraussetzung einer Anpassung des Vertrages, dass ein Festhalten am unveränderten Vertrag für die Klägerin unzumutbar sei, müsse sämtliche Umstände berücksichtigen und auf das gesamte Unternehmen der Klägerin bezogen werden, nicht nur auf die einzelne Filiale. Sie wiederholt ihre Behauptung, die Klägerin sei zum 31.12.2017 ohnehin zumindest bilanziell überschuldet, also insolvenzgefährdet gewesen. Sie habe im Jahre 2017 einen Bilanzverlust in Höhe von insgesamt ca. 2.892.000,- € erlitten. Über stille Reserven habe sie nicht verfügt. Die den genannten Betrag des Bilanzverlusts überschreitenden sonstigen Verbindlichkeiten beruhten offenbar auf dem Bestreben, eine Zahlungsunfähigkeit der Klägerin durch Darlehen der Gesellschaft oder eines neuen Finanzinvestors zu verhindern. Die Existenzgefährdung der Klägerin habe daher durch die Pandemie gar nicht mehr hervorgerufen werden können, sondern vielmehr bereits bestanden. Die Bilanzen 2018 und 2019 habe die Klägerin pflichtwidrig nicht beim Bundesanzeiger eingereicht und damit offengelegt. Hieraus müsse geschlossen werden, dass die Klägerin sich weiterhin in einer nachhaltigen Schieflage befinde, was dadurch bestätigt werde, dass sie zahlreiche Filialen, unter anderem drei von vier in Stadt1, nach den Schließungszeiten im Jahre 2021 nicht mehr eröffne. Diese Umstände stammten allein aus ihrer eigenen Risikosphäre und dürften nicht zu einer Vertragsanpassung zu seinen Lasten führen. Offenbar habe das Konzept der Klägerin nicht aufgehen können. Von den genannten Darlehen, welche den Verlust ausgleichen sollten, entfielen auf jede Filiale im Durchschnitt 206.571,- €. Demgegenüber könne die Zahlung der vollständigen Miete nicht unzumutbar sein. Er ist der Ansicht, bei der Abwägung müsse berücksichtigt

werden, dass die Klägerin Kurzarbeitergeld von staatlichen Stellen bezogen habe. Es sei davon auszugehen, dass sie einen Außerhausverkauf hätte bewerkstelligen können, zumal dies auch dem Konkurrenten der Klägerin „C“ in der Straße 2 täglich gelungen sei. Die Personalkosten der Klägerin hätten in diesem Fall ca. 5.000,- € betragen.

Er behauptet, er habe wegen der nur verminderten Zahlungen der Klägerin seine Darlehensverpflichtungen und die Bewirtschaftungskosten für die Immobilie nicht vollständig aus den Mieten der Immobilie bestreiten können. Seine Darlehensverpflichtungen gegenüber der Bank 1 im Jahre 2020 hätten sich auf insgesamt 105.275,80 € einschließlich Tilgungsleistungen belaufen, nämlich monatlich 8.502,92 € (5.672,92 € + 2.125,- € + 705,- €) sowie kalendertäglich 8,861 €, monatlich also weitere rund 266,- €. Die in der Gesamtannuität von 105.275,80 € enthaltenen Tilgungsleistungen hätten für Juni 2020 insgesamt 4.711,50 € betragen. Aus diesem Grund sei das vorläufige Ergebnis für den Monat Juni 2020 nach der betriebswirtschaftlichen Auswertung für das Jahr 2020 (Anlage B 17, Blatt 304 f. der Akte) mit tatsächlich - 11.762,23 € negativ. Diese Auswertung weise als Einnahmen nicht nur die Nettokaltmieten, sondern auch die Betriebskostenvorauszahlungen aus. Die Abschreibungen seien zu berücksichtigen, da sie aus wirtschaftlicher Sicht eine Rückstellung für zukünftige Ersatzinvestitionen bzw. Reparaturen darstellten.

Von den gesamten Mieteinnahmen für das Objekt von 227.617,66 € jährlich entfielen auf die Klägerin mit 91.200,- € netto ca. 40 %. Von der Gesamtannuität in Höhe von 105.275,80 € seien der Klägerin mithin 40 % und somit 42.110,32 € zuzuweisen. Hinzu kämen die Betriebsausgaben für das Objekt mit Ausnahme der allein auf die Wohnungen entfallenden Instandhaltungskosten, insgesamt also 98.929,82 €, wovon auf die Klägerin 40 %, mithin 39.571,92 € entfielen. Bei dem danach aufzubringenden Gesamtbetrag von 81.682,24 € komme von den gesamten von der Klägerin geschuldeten Nettokaltmieten von 85.200,- € (7.100,- € x 12) mithin lediglich der Differenzbetrag von 3.517,76 € für eine Vertragsanpassung in Betracht, monatlich also 293,15 €. Wegen der weiteren Einzelheiten zu den Berechnungen des Beklagten wird auf den Schriftsatz vom 30.6.2021 nebst Anlagen (Blatt 281 ff., 287 ff. der Akte) verwiesen. Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens des Beklagten insgesamt wird auf die Schriftsätze vom 5.5., 30.6. und 22.8.2021 (Blatt 250 ff., 281 ff., 311 ff. der Akte) Bezug genommen.

Die Klägerin hat hierzu erwidert, bei dem Vergleich der Einnahmen mit den Zahlungsverpflichtungen müssten auch die Betriebskostenvorauszahlungen von monatlich 500,- € bzw. jährlich 6.000,- € berücksichtigt werden. Nach der Berechnung des Beklagten ergebe sich daher ein Überschuss vom 9.517,76 €, welcher die als Anpassung geforderte Summe von 6.212,50 € deutlich übersteige. Die von dem Beklagten in Bezug genommene betriebswirtschaftliche Auswertung seines Betriebsergebnisses sei zur Beantwortung der Frage, ob eine Vertragsanpassung vorzunehmen ist, ungeeignet, da sie ein fiktives steuerliches Ergebnis widerspiegele. Insbesondere stellten die eingebrachten Abschreibungen auf Sachanlagen und Gebäude in Höhe von 5.749,08 € sowie 33.020,- € keine reale finanzielle Belastung für den Beklagten dar. Bei Ansatz allein der relevanten Bewirtschaftungskosten von 60.160,74 € entfielen lediglich 24.064,29 € auf sie. Bei Berücksichtigung der nur geringeren Betriebswirtschaftskosten errechne sich ein Überschuss von 25.025,38 €. Im Übrigen hätte der Beklagte Ausfälle aus dem gewerblichen Teil des Hauses mit den Mieten aus dem Wohnraumbereich weitgehend ausgleichen können.

Das Gericht hat im Einverständnis der Parteien das schriftliche Verfahren angeordnet (§ 128 Abs. 2 ZPO).

II. § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ZPO:

Die Berufung ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und ebenso begründet worden (§§ 511, 517, 519 f. ZPO). In der Sache hat sie jedoch im Ergebnis keinen Erfolg.

Die Klage ist zulässig, die Klägerin hat ein rechtliches Interesse an der begehrten Feststellung, da sie die Mieten für April und Mai 2020 bisher nicht vollständig, sondern jeweils nur zur Hälfte gezahlt hat (§ 256 Abs. 1 ZPO).

Die Klage ist nicht begründet. Der Klägerin kann für den Zeitraum vom 1.4. bis zum 15.5.2020 sowie vom 16.5. bis zum 31.5.2020 im Ergebnis keine Herabsetzung des vertraglich geschuldeten Mietzinses verlangen.

Eine Herabsetzung der nach § 7.2 des Mietvertrages geschuldeten Betriebskosten selbst kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil es sich für den Beklagten um durchlaufende Posten handelt und er auch nicht aus Gründen der COVID-19-Pandemie tatsächlich auf die Klägerin entfallende Kosten selbst tragen muss. Eine etwaige Herabsetzung der Betriebskostenvorauszahlungen hätte lediglich einen Stundungseffekt. Da der Beklagte die Betriebskosten teilweise zunächst unmittelbar tragen muss, hätte dies eine besondere Vorleistungspflicht für ihn zur Folge, für die aber keine Veranlassung besteht. Allenfalls hätte eine Entlastung der Klägerin durch eine teilweise zusätzliche Stundung der Miete selbst umgesetzt werden können, die aber nach nunmehr mehr als einem Jahr nach dem maßgebenden Zeitraum jedenfalls beendet ist.

Weder hinsichtlich des Zeitraums der vollständigen auf der behördlichen Anordnung beruhenden Schließung des Restaurantbetriebs vom 1.4. bis zum 15.5.2020 noch für den Zeitraum vom 16.5. bis zum 31.5.2020, in dem der Klägerin ein Betrieb eingeschränkt wieder möglich war, ist eine Herabsetzung der vertraglich geschuldeten Miete geboten; vielmehr kann der Klägerin nach den Gesamtumständen des Einzelfalls ein Festhalten am unveränderten Vertrag zugemutet werden (§ 313 Abs. 1 BGB).

Der von der Klägerin zu zahlende Mietzins war nicht wegen Mangelhaftigkeit der Mietsache gemindert (§ 536 Abs. 1 BGB). Denn die Mietsache wies trotz der behördlichen Schließungsanordnungen und der sonstigen Beschränkungen des Geschäftsbetriebes, welche der Bekämpfung der COVID-19-Pandemie dienten, weder einen Mangel auf, noch fehlte ihr eine zugesicherte Eigenschaft. Die Tauglichkeit der Mieträume zu dem in § 3.1 des Mietvertrages vereinbarten vertragsgemäßen Gebrauch, dem Betrieb eines Sushi Restaurants einschließlich dazugehöriger Bar und Sushi-Kochstudio, war in dem streitgegenständlichen Zeitraum April und Mai 2020 weder aufgehoben noch gemindert.

Die Mietsache selbst war weiterhin ordnungsgemäß und wies keinen Mangel im Sinne von § 536 Abs. 1 S. 1 BGB auf. Dem Beklagten als Vermieter war die von ihm vertraglich geschuldete Leistung weiterhin uneingeschränkt möglich. Er schuldete der Klägerin die Verschaffung der Möglichkeit des Gebrauchs des Mietobjekts und hatte hierzu dieses in einem dem Verwendungszweck entsprechenden Zustand zu halten (§ 535 Abs. 1 BGB). Der Erfüllung dieser Verpflichtung des Beklagten als des Vermieters standen die behördlich angeordneten Einschränkungen nicht entgegen. Dabei wird davon

ausgegangen, dass die auf den §§ 16, 28 und 32 IfSG basierenden Anordnungen wirksam und rechtmäßig sind. Die behördlich angeordneten Einschränkungen wirkten sich nicht objektbezogen aus, sondern bezogen sich inhaltlich auf den Betrieb der Klägerin als Mieterin. Der Beklagte schuldete allein die Möglichkeit, in den überlassenen Räumen einen Geschäftsbetrieb mit dem konkret vereinbarten Zweck zu führen, nicht aber in irgendeiner Weise die Überlassung des Betriebs selbst.

Behördliche Schließungsanordnungen sowie Einschränkungen des Geschäftsbetriebs als Umweltbeziehungen des Mietobjekts rechtlicher Art können einen Mangel der Mietsache nur dann begründen, wenn sie die körperliche Beschaffenheit der Mietsache, ihren Zustand oder ihre Lage betreffen oder Einfluss auf diese haben und damit einen unmittelbaren Bezug zu dem von dem Beklagten als Vermieter geschuldeten Leistungserfolg aufweisen, so dass sie dem den Beklagten als Vermieter treffenden Verwendbarkeitsrisiko des Mietobjekts unterfallen. Andere Auswirkungen behördlicher Einschränkungen des Geschäftsbetriebs ohne unmittelbaren Bezug zum Mietobjekt betreffen lediglich eine erfolgreiche Nutzung des Objekts durch die Klägerin als Mieterin und damit das sie treffende Verwendungsrisiko (vgl. § 537 BGB; im einzelnen OLG Frankfurt a.M., NZM 2021, 395 ff., m.w.N.; so auch OLG Köln, Beschluss vom 31.5.2021 - 22 U 205/20, zit. nach juris; KG, ZMR 2021, 579 ff.; LG Krefeld, NZM 2021, 607 ff.; a.M. Selk, NZM 2021, 369 ff.; für die Annahme eines Mangels im Falle einer erheblichen Aerosol-Infektionsgefahr in geschlossenen Räumen Leo, NZM 2021, 249 ff., 254 f.). Dabei dient die Voraussetzung der Unmittelbarkeit des Bezuges der notwendigen Abgrenzung und einer Begrenzung auf das Mietobjekt tatsächlich körperlich greifbar beeinträchtigende Umstände zur Vermeidung eines Ausufers des Fehlerbegriffes. Eine nähere Definition dieser Voraussetzung ist im Hinblick auf die unterschiedlichsten Möglichkeiten einer solchen unmittelbar wirkenden Einschränkung nicht sinnvoll möglich.

Die behördlichen Schließungen und Beschränkungen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie betreffen weder die körperliche Beschaffenheit der Mietsache, noch ihren Zustand oder ihre Lage. Der Umstand, dass sie als Restaurantbetrieb ausgestaltet ist, reicht insoweit nicht, da sich die behördlichen Anordnungen nicht gegen eine solche Ausstattung der Räumlichkeiten richten. Auch die Lage des Mietobjekts im Geltungsbereich einer Schließungsanordnung oder einer Anordnung der Betriebsbeschränkung begründet nicht die Objektbezogenheit der Einschränkungen (so aber Selk, NZM 2021, 369 ff., 376 f.). Das Ausmaß des Geltungsbereichs kann selbst keine Einschränkung begründen, vielmehr ist es nur bestimmend für die örtliche Reichweite der durch die behördlichen Maßnahmen selbst begründeten Einschränkungen. Gerade diese haben aber nichts mit der räumlichen Lage des Objekts zu tun, sondern allein mit der Art ihrer Nutzung.

Dabei sind die behördlichen Einschränkungen nicht eigentlich gegen den Geschäftsbetrieb, insbesondere in den bestimmten Mieträumen, selbst gerichtet, da diese aus sich heraus keine Gefahr begründen, sondern sie dienen ausschließlich dem Zweck der Eindämmung der weiteren Ausbreitung des Virus SARS-CoV 2 und damit dem Gesundheitsschutz (vgl. LG München I, NZM 2021, 194 ff.). Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Klägerin durch den Betrieb ihres Restaurants Störer im verwaltungsrechtlichen Sinne ist und ob sich die behördlichen Einschränkungen auch gegen den Beklagten als Vermieter oder gegebenenfalls an die Kunden der Klägerin hätten richten können (hierzu vgl. Selk, NZM 2021, 369 ff., 374). Maßgebend ist, dass es sich bei jeglicher Verbotsrichtung tatsächlich um die Verhinderung des Restaurantbetriebs selbst gehandelt hätte, von dem über die Kontakte der Gäste untereinander die potentielle Gefahr ausgeht. Der Beklagte als Vermieter schuldet nicht

die rechtliche Möglichkeit, ein Restaurant zu betreiben, soweit die Voraussetzungen nicht das Mietobjekt selbst betreffen. Der Betrieb des Restaurants unterliegt wie dargelegt dem Verwendungsrisiko des Mieters. Dieses hat der Beklagte als Vermieter auch nicht teilweise dadurch übernommen, dass er über den Mietzweck des Restaurantbetriebes mit der Klägerin einig war und dieser mithin auch auf seiner Entscheidung beruhte (vgl. Selk, NZM 2021, 369 ff., 375 f.). Das Verwendungsrisiko umfasst auch gerade nicht nur Prognoseirrtümer oder gar unternehmerische Fehlentscheidungen im Rahmen des typischen „unternehmerischen“ Risikos. Das Verwendungsrisiko ist vielmehr umfassend zu verstehen. Von ihm ist auch die Frage des „Ob“ umfasst, die betroffen ist, wenn ein Geschäftsbetrieb längere Zeit insgesamt geschlossen gehalten werden muss und daher gar nicht mehr betrieben werden kann, ohne dass es auf die Art und Weise der konkreten Betriebsführung des Mieters ankommt. Eine Regelung, dass ein bestimmtes Risiko keine von beiden Vertragsparteien träge, ist nicht denkbar (so aber OLG Dresden, ZMR 2021, 476 ff.; vgl. auch OLG München, NJW 2021, 948 ff.; LG Kempten, BeckRS 2020, 37736; weiterhin Hübner, ZfIR 2020, 729 ff.). Die - zutreffende - Aussage, das Risiko einer solchen Pandemie sei „weder der Sphäre des Vermieters noch des Mieters zuzuordnen“ (vgl. auch Bt-Drs. 19/25322 S. 21), bezieht sich auf die tatsächliche Sphäre im Sinne der tatsächlichen oder gar zu vertretenden Verursachung, nicht der rechtlichen Risikozuweisung durch Vertrag oder Gesetz. Die Verursachung der tatsächlichen Gründe, die ein solches Risiko zur Folge haben, die bei einer solchen Pandemie keiner der Vertragsparteien zuzuordnen ist, ist von der gesetzlichen oder vertraglichen Zuweisung dieses Risikos an eine der Vertragsparteien zu unterscheiden (vgl. hierzu OLG Frankfurt a.M., NZM 2021, 395 ff.).

Die Einschränkungen stellen keine bloß mittelbare Folge der Krise dar; es geht vielmehr um die Abwehr erheblicher Gesundheitsgefahren, die ihre Ursache in einem pandemischen Infektionsgeschehen haben, welches nur durch weitgehende Kontaktbeschränkungen eingedämmt werden kann (vgl. Streyll, NZM 2020, 817 ff., 823). Diese führen zu Betriebsuntersagungen und -erschwerungen, die sich nicht gegen die konkrete Betriebsführung oder den konkreten Nutzungszweck der Mietsache richten, sondern allein darauf beruhen, dass die Geschäftstätigkeit zu Publikumsverkehr mit einer unkontrollierbaren Vielfalt von Personen führt. Die Kontakte führen aufgrund der leichten Übertragbarkeit des Virus zur Gefahr schwerer und schwerster Erkrankungen mit der Folge auch zahlreicher Todesfälle. Durch die Kontakteinschränkungen sollen die Infektionszahlen vermindert werden, damit letztlich das Gesundheitssystem des Staates nicht durch eine zu hohe Zahl Erkrankter überlastet wird. Dies mag als eine subjektive Zielrichtung der hoheitlichen / behördlichen Maßnahme definiert werden, welche für den Mieter grundsätzlich keine Rolle spielt (so Selk, NZM 2021, 369 ff., 377 f.). Es ändert jedoch nichts daran, dass sich die Maßnahmen objektiv gegen das Betreiben des Restaurants als Quelle zu vermeidender Kontakte richten, nicht gegen Umstände das Mietobjekt selbst betreffend.

Ein Mangel des Mietobjekts, der eine Minderung des geschuldeten Mietzinses zur Folge hat, ergibt sich auch nicht aus der Gefahr einer Aerosol-Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2, die gerade in geschlossenen Räumen bestehen kann (so aber Leo, NZM 2021, 249 ff., 254 f.). Denn diese Gefahr, deren Maß sich insbesondere nach der Intensität des Virengehalts in der Raumluft bestimmt, geht nicht gerade von den Räumlichkeiten aus, die vielmehr selbst keine Auswirkungen auf die Zusammensetzung der Raumluft haben. Die Qualität der Raumluft hängt von der Atemluft ihrer Nutzer und von dem Lüftungsverhalten ab, auch wenn dieses wiederum durch die Beschaffenheit der Räumlichkeiten beeinflusst sein kann. Sollte eine Aerosol-Infektionsgefahr in geschlossenen Räumen einen Mangel der Mietsache begründen können, zumal ohne dass es auf das Nutzungsverhalten in diesen Räumen ankäme, in welches der Vermieter regelmäßig kaum Einblick hat, wäre dieser Mangelbegriff im Übrigen für alle

Räumlichkeiten, die zum Aufenthalt von Menschen dienen eröffnet, beispielsweise auch für Wohnräume, zumal es auch für Wohnungsmieter infolge der weltumspannenden Pandemie gar keine Alternativmöglichkeit gäbe, in anderen Räumen einer Aerosol-Infektionsgefahr, die in den von ihnen bewohnten Räumen besteht, zu entgehen.

Die Klägerin ist nicht deshalb von ihrer Pflicht zur Zahlung des Mietzinses befreit, weil dem Beklagten seine vertraglich geschuldete Leistung der Überlassung der Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand und der Erhaltung der Mietsache in diesem Zustand in den Monaten April und Mai 2020 ganz oder teilweise unmöglich gewesen wäre (§ 326 Abs. 1, § 275 Abs. 1 BGB). Diese Regelungen sind nach Überlassung der Mietsache an die Klägerin nicht mehr anwendbar und werden von den speziellen Regelungen des Gewährleistungsrechts (§§ 536 ff. BGB) verdrängt. Im Übrigen war es dem Beklagten entsprechend den oben genannten Gründen nicht unmöglich, der Klägerin den Gebrauch der Mietsache zu gewähren und sie während der Mietdauer in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten (vgl. OLG Frankfurt a.M., NZM 2021, 395 ff., m.w.N.; a.M. Schall, JZ 2021, 455 ff.).

Das nach Abschluss des Mietvertrages angeordnete Nutzungsverbot auf der gesetzlichen Grundlage der Coronavirus-Schutzverordnungen führt auch nicht zu einer temporären teilweisen Nichtigkeit des Mietvertrages oder einer Auslegung der wechselseitigen Verpflichtungen im Lichte der Verbotsnorm oder ihrer Anpassung mit der Folge eines Aussetzens oder zumindest einer wesentlichen Herabsetzung der Mietzahlungspflicht (so aber Leo, NZM 2021, 249 ff., 257; Leo/Götz, NZM 2020, 402 ff.). Aus den oben dargelegten Gründen verstößt die vertraglich geschuldete Gebrauchsüberlassung an dem Mietobjekt durch den Vermieter an den Mieter nicht gegen die landesrechtlichen Verordnungen, auch wenn der vertraglich vereinbarte Mietzweck gerade auf einen nun untersagten Geschäftsbetrieb gerichtet sein sollte. Ein solcher Verstoß liegt erst in der Fortführung des jeweiligen untersagten Geschäftsbetriebs selbst. Sofern die Vertragsparteien den Mietzweck vertraglich über die gewerbliche Nutzung allgemein hinaus nicht weiter konkretisiert haben sollten und der Bereich der ausgeübten Geschäftstätigkeit allein auf einer Entscheidung des Mieters beruhte, ist ein Normverstoß durch die Überlassung des Mietobjekts durch den Vermieter ohnehin nicht begründbar. Eine solche rechtliche Einordnung als temporärer Gesetzesverstoß wäre zudem praktisch kaum umsetzbar, da es im Interesse weder des Vermieters noch des Mieters läge, wenn der Mieter während der Zeiträume der angeordneten Schließungen, deren Dauer regelmäßig im Voraus nicht abschätzbar ist, das Mietobjekt räumt und zurückgäbe, um es nach Ende der Beschränkungen neu zu beziehen. Sofern die wechselseitigen Hauptleistungspflichten hinsichtlich der Überlassungspflicht des Vermieters und der Obhutspflicht des Mieters bestehen blieben und nur hinsichtlich der Pflichten des Vermieters auf Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs und des Mieters auf Mietzahlung zeitweise suspendiert wären, so dass der Mieter in dem Objekt verbleiben könnte (so Leo/Götz, NZM 2020, 402 ff., 404), hätte dies eine einseitige Verlagerung des Pandemierisikos allein auf den Vermieter zur Folge. Dieser könnte zudem während der Dauer der behördlichen Schließungsanordnung - anders als im Falle einer Kündigung des Mietverhältnisses - über sein Mietobjekt nicht anderweitig verfügen und es beispielsweise an einen anderen Mieter zu einem weiterhin zulässigen Mietzweck vermieten.

Die Klägerin kann im Ergebnis nicht wegen einer schwerwiegenden Störung der Geschäftsgrundlage des Mietvertrages Herabsetzung des Mietzinses verlangen (§ 313 Abs. 1 BGB). Allerdings ist die Geschäftsgrundlage des Mietvertrages der Parteien durch die Folgen der Naturkatastrophe der COVID-19-Pandemie schwerwiegend gestört. Das Ausbleiben einer solchen Pandemie weltweiten Ausmaßes, welche grundsätzlich die

gesamte Bevölkerung ernsthaft bedroht, war gemeinsame Vorstellung beider Parteien bei Vertragsschluss, die nicht Vertragsinhalt geworden ist, auf der sich aber der Geschäftswille beider aufbaute (vgl. OLG Frankfurt a.M., NZM 2021, 395 ff.; zweifelnd Leo, NZM 2021, 249 ff., 251 f.; allgemein BGH, NJW 2012, 1718 ff.). Beide Parteien sind jedenfalls davon ausgegangen, dass während der Vertragslaufzeit Folgen einer solchen Pandemie, insbesondere behördliche Einschränkungen, die den in den Mieträumen geführten Geschäftsbetrieb in dieser Weise beschränken und zeitweise sogar unmöglich machen, nicht eintreten.

Die Pandemie mit ihren immensen Folgen für die gesamte Gesellschaft, den Handel und andere Geschäftstätigkeiten bis hin zu den bekannten globalen Folgen, war zwar theoretisch vorhersehbar, wie sie auch von der Bundesregierung im Jahre 2012 tatsächlich vorausgesehen wurde (vgl. Bericht zur Risikoanalyse im Bevölkerungsschutz 2012, BT-Drs. 17/12051, S. 5 f., 55 ff.; hierzu auch Leo, NZM 2021, 249 ff., 251 f.). Sie wurde aber von den Parteien - wie von der übrigen hiesigen Gesellschaft nahezu einhellig - jedenfalls in ihren weitreichenden Folgen für den Betrieb zahlreicher Geschäfte und hinsichtlich sonstiger Kontaktbeschränkungen für die Bevölkerung - nicht konkret und ernsthaft vorhergesehen. Ein solches Geschehen bewegte sich vielmehr trotz einzelner Beispiele in anderen Ländern oder in der Geschichte regelmäßig außerhalb des gewöhnlichen Vorstellungsvermögens der Bevölkerung einschließlich der Parteien von Gewerbemietverträgen. Die COVID-19-Pandemie unterscheidet sich in ihren räumlichen und zeitlichen Auswirkungen, nämlich in ihrer nicht nur bundesweiten, sondern nahezu weltweiten Ausbreitung sowie in dem Maß der Infektionsgefahren und den daraus folgenden umfassenden staatlichen Sicherungsmaßnahmen, deutlich von bisherigen Pandemien, insbesondere soweit sie in Europa auftraten. Dass durchaus einzelne Mieter oder Vermieter eine Pandemie für möglich erachtet haben sollten, steht dieser allgemeinen Annahme nicht entgegen. Überdies ergibt sich aus dem genannten Bericht zur Risikoanalyse im Bevölkerungsschutz 2012 (BT-Drs. 17/12051), dass auch die Verfasser dieses Berichts die Folgen für die Volkswirtschaft nur eingeschränkt betrachtet haben. Sie wurden vorrangig in dem Tod einer Vielzahl von Erwerbstätigen, in dem auf solchen Todesfällen und hohen Krankenständen sowie auf erforderlichen Anpassungsmaßnahmen zur Aufrechterhaltung der Betriebe und auf höheren Kosten beruhenden Ausfall von Wirtschaftsleistungen gesehen, ferner in einer massiven Belastung der öffentlichen Hand, in Einschränkungen beim Transport von Waren, einem allgemein zurückhaltenden Konsum- und Investitionsverhalten sowie in Einschränkungen des internationalen Handels und Reiseverkehrs. Ein angeordneter Stillstand des Einzelhandels vor Ort und ein Verbot von mit zahlreichen Kontakten verbundenen Geschäftstätigkeiten wurde nicht ausdrücklich genannt. So waren die möglichen konkreten Auswirkungen auf einzelne Geschäftsbeziehungen und insbesondere auf Mietverhältnisse nicht Gegenstand der Analyse und des Berichts. Auch nach Vorlage des Berichts gab es soweit erkennbar keine weiteren ernsthaften Untersuchungen über mögliche gesellschaftliche Folgen einer solchen Pandemie, insbesondere ein Befassen mit zu erwartenden massiven wirtschaftlichen Folgen für die Gesamtwirtschaft, aber auch für einzelne Unternehmen, wie sie heute eingetreten sind.

Durch den Eintritt der Pandemie und die ganz erheblichen pandemiebedingten Beschränkungen, die auch den Betrieb der Klägerin getroffen haben, hat sich die Geschäftsgrundlage des Mietvertrages, dass eine derartige Pandemie mit ihren Folgen für den Geschäftsbetrieb der Klägerin nicht eintritt, schwerwiegend verändert im Sinne des § 313 Abs. 1 BGB. Der Geschäftsbetrieb der Klägerin war in dem streitgegenständlichen Zeitraum April und Mai 2020 durch die behördlichen Schließungen in dem Zeitraum vom 18.3. bis zum 19.4.2020 und die nachfolgenden weiteren Einschränkungen, aber auch durch das pandemiebedingt geänderte Verhalten potentieller Kunden, die in der

maßgebenden Zeit von ansonsten erfolgenden Besuchen bei der Klägerin abgesehen haben, schwerwiegend betroffen.

Diese Wertung entspricht der zum 31.12.2020 in Kraft getretenen gesetzlichen Regelung in Art. 240 § 7 Abs. 1 EGBGB. Hiernach wird in dem Fall, dass vermietete Gewerberäume infolge staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie für den Betrieb des Mieters nicht oder nur mit erheblicher Einschränkung verwendbar sind, vermutet, dass sich insofern ein Umstand im Sinne des § 313 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, der zur Grundlage des Mietvertrags geworden ist, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert hat. Demzufolge kann dahinstehen, ob diese Vorschrift auf rückwirkend auf bereits abgeschlossene Sachverhalte anwendbar ist.

Davon, dass die Parteien den Vertrag mit anderem Inhalt geschlossen, insbesondere für den Fall einer solchen Pandemie eine zeitweise Herabsetzung der Miete oder jedenfalls ihre zeitweise Stundung vereinbart hätten, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, kann ausgegangen werden. Die Folgen einer solchen Pandemie greifen ganz erheblich in den Geschäftsbetrieb der Klägerin ein und beseitigen die Nutzbarkeit der Mieträume für sie zeitweise nahezu vollständig, so dass in Kenntnis dieser Umstände auch der Beklagte einer besonderen Regelung für diesen Fall voraussichtlich zugestimmt hätte. Nicht zwingend anzunehmen ist allerdings, die Parteien hätten vereinbart, das Risiko einer Pandemie gleichermaßen zwischen sich aufzuteilen mit der Folge einer Herabsetzung der Miete um 50 %. Der Umstand, dass nicht eindeutig bestimmbar ist, welche von verschiedenen möglichen Regelungen die Parteien getroffen hätten, steht hingegen der Annahme, sie hätten jedenfalls eine besondere Regelung gefunden, nicht entgegen.

Die Klägerin kann aber nicht aufgrund der erheblichen Störung der Geschäftsgrundlage des Mietvertrages eine Anpassung dieses Vertrages verlangen. Denn es kann nicht festgestellt werden, dass der Klägerin unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann (§ 313 Abs. 1 BGB).

Allerdings kommt ein solches Recht der Klägerin, Anpassung des Vertrages zu verlangen, nach den vorgetragenen Umständen grundsätzlich in Betracht. Dem steht nicht schon entgegen, dass die infolge der COVID-19-Pandemie eingetretenen Einschränkungen ihres in den Mieträumen ausgeübten Geschäftsbetriebs wie oben dargelegt in ihren eigenen Risikobereich in Gestalt des Verwendungsrisikos für das Mietobjekt fallen. Diese Wertung folgt daraus, dass die Beschränkungen wie oben begründet keinen Mangel der Mietsache darstellen, der in den Risikobereich des Beklagten als Vermieter fiel (so aber LG München I, GE 2020, 1493 ff., vgl. oben). Nach der gesetzlichen Risikoverteilung, die durch den Vertrag nicht verändert wurde, trifft die Klägerin als Mieterin das Verwendungsrisiko an der Mietsache (§ 537 Abs. 1 S. 1 BGB). Dabei stellt § 537 BGB keine abschließende Regelung dar, die Lücken der Risikozuweisung offenlassen könnte, sondern regelt lediglich den speziellen Fall der persönlichen Verhinderung des Mieters und enthält insoweit eine Klarstellung. Entsprechend der obigen Argumentation zu der Frage des Vorliegens eines Sachmangels der Mietsache betreffen sowohl die Schließung des Betriebs als auch die nachfolgenden Betriebsbeschränkungen das Verwendungsrisiko der Klägerin als Mieterin. Dies gilt erst recht für die weiteren Folgen der COVID-19-Pandemie, soweit diese auch das Verhalten der potentiellen Kunden der Klägerin an sich beeinflusst und zu einer allgemeinen Zurückhaltung beim Aufsuchen von Restaurants einschließlich desjenigen der Klägerin geführt haben.

Für eine Berücksichtigung von Störungen der Geschäftsgrundlage ist allerdings grundsätzlich insoweit kein Raum, als es um Erwartungen und um Umstände geht, die nach den vertraglichen Vereinbarungen in den Risikobereich einer der Parteien fallen sollen (vgl. BGH, NJW 2020, 331 ff.; 2000, 1714 ff., 1716, m.w.N.; so auch OLG Dresden, ZMR 2021, 476 ff.). Eine solche vertragliche Risikoverteilung schließt für den Betroffenen regelmäßig die Möglichkeit aus, sich bei Verwirklichung des Risikos auf Wegfall der Geschäftsgrundlage zu berufen (vgl. BGH, a.a.O.). Auch wenn das Risiko der Folgen der COVID-19-Pandemie nach der gesetzlichen Regelung der Klägerin als Mieterin zugewiesen ist, kann aber in Ausnahmefällen dennoch eine Anpassung des Vertrages nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage geboten sein. Dabei kann aber nicht jede einschneidende Veränderung der bei Vertragsabschluss bestehenden oder gemeinsam erwarteten Verhältnisse eine Vertragsanpassung rechtfertigen. Hierfür ist vielmehr erforderlich, dass ein Festhalten an der vereinbarten Regelung für die betroffene Partei zu einem nicht mehr tragbaren Ergebnis führt (so BGH, NJW 2012, 1718 ff.; 1995, 47 ff.; 592 ff.). Erforderlich ist, dass eine Anpassung des Vertrages zur Vermeidung eines untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit nicht (mehr) zu vereinbarenden und damit der betroffenen Partei nach Treu und Glauben nicht zuzumutenden Ergebnisses unabweislich erscheint (vgl. BGH, NJW 2012, 1718 ff.; zustimmend Leo, NZM 2021, 249 ff., 250 f.).

Vor diesem Hintergrund ist eine Anpassung des Vertrages durch Herabsetzung der von der Klägerin geschuldeten Miete um 50 % für die Zeit einer behördlichen Schließung des Geschäftsbetriebs der Klägerin nicht schon allein deshalb vorzunehmen, weil keine der Vertragsparteien eine Ursache für die Störung der Geschäftsgrundlage in Gestalt der COVID-19-Pandemie als Systemkrise mit ihren Folgen, insbesondere den - unstreitigen - weitgehenden staatlichen Eingriffen in das soziale und wirtschaftliche Leben, gesetzt oder sie vorhergesehen hat (so aber OLG Dresden, ZMR 2021, 476 ff.; LG München I, NZM 2021, 194 ff.; LG Mönchengladbach, BeckRS 2020, 30731; Römermann, NJW 2021, 265 ff., 268; Streyl, NZM 2020, 817 ff., 824; Ekkenga/Schirmacher, NZM 2020, 410 ff.; Zehelein, NZM 2020, 390 ff.; vgl. auch Säcker/Schubert, BB 2020, 25634 ff., 2569 f.; Häublein/Müller, NZM 2020, 481 ff.; Weller/Thomale, BB 2020, 962 ff., 966). Hierbei würde es sich zwar um eine für die Praxis gut handhabbare Lösung der Problematik handeln, weil die Umstände des Einzelfalls nur in geringerem Maße zu berücksichtigen wären. Die Begründung entspräche aber nicht den gesetzlichen Voraussetzungen des § 313 Abs. 1 BGB. Diese Vorschrift fordert wie oben ausgeführt, dass der Klägerin als Mieterin „unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.“ Hierbei handelt es sich mithin um eine in die Zukunft gerichtete Bewertung der Situation der Vertragsparteien. Die alleinige Betrachtung der COVID-19-Pandemie als Ursache der Einschränkungen des Geschäftsbetriebs und die Wertung, dass diese - unabhängig von der genannten gesetzlichen Wertung - von keiner der Parteien verursacht oder sonst zu verantworten ist und auch von keiner der Parteien vorausgesehen wurde, erscheint dabei als unzureichend; sie ist nicht in die Zukunft gerichtet, sondern rückwärtsgerichtet und verengt die gebotene Abwägung. Der Umstand des Eintretens einer von keiner Partei verursachten und vorausgesehenen Pandemie ist im Rahmen der „Umstände des Einzelfalls“ mit zu berücksichtigen und hat im Hinblick auf die ganz erhebliche Bedeutung dieser als Naturkatastrophe einzustufenden COVID-19-Pandemie auch ein besonderes Gewicht. Dennoch sind für die Frage der Zumutbarkeit des Festhaltens einer Vertragspartei am unveränderten Vertrag auch die weiteren konkreten Umstände des Sachverhalts heranzuziehen (ebenso OLG Köln, Beschluss vom 31.5.2021 - 22 U 205/20, zit. nach juris; OLG Karlsruhe, NJW 2021, 945 ff.; OLG München, NJW 2021, 948 ff.; LG Münster, Urteil vom 19.2.2021 - 23 O 18/20, zit. nach juris; Leo, NZM 2021, 249 ff., 253 ff.; Häublein/Müller, NZM 2020, 481 ff., 488 f.).

Etwas Anderes ergibt sich nicht zwingend aus anderen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, insbesondere dem Urteil vom 23.11.1989 (Az. VII ZR 60/89, NJW 1990, 572 f.). Hiernach waren Stornokosten, welche einem Reiseveranstalter wegen der Kündigung einer Reise in der Folge des Reaktorunfalls in Tschernobyl vom 25./26.4.1986 und damit wegen höherer Gewalt entstanden, in Anlehnung an die Risikoverteilung in § 651 j Abs. 2 S. 2 BGB nach Treu und Glauben je zur Hälfte von dem Reiseveranstalter und dem Reisenden zu tragen. In vergleichbarer Weise hat das OLG Karlsruhe in seinem Urteil vom 15.5.1992 (Az. 15 U 297/91, NJW 1992, 3176 ff.) entschieden, dass es gegen Treu und Glauben verstieße, den aus der Verwirklichung der beiden Parteien treffenden Risikos des Ausfalls von Faschingsveranstaltungen nach Ausbruch des Golfkrieges Anfang des Jahres 1991 entstandenen beiderseitigen Verlust einseitig einer Partei aufzuerlegen. Beide diesen Entscheidungen jeweils zugrundeliegende Sachverhalte sind mit der jetzigen Fallgestaltung nur sehr eingeschränkt vergleichbar, da die betreffenden Verträge gerade nicht mehr durchgeführt wurden, während die Klägerin ihre Leistung der Gewährung des Gebrauchs an der Mietsache weiter erbringt. Ferner waren seinerzeit die jeweiligen wirtschaftlichen Folgen für die Parteien verhältnismäßig überschaubar und nicht geeignet, eine Vertragspartei in ihrer wirtschaftlichen Situation in vergleichbar schwerer Weise zu beeinträchtigen.

Die auf Seiten der Klägerin zu berücksichtigen Umstände hätten allerdings die Annahme einer Unzumutbarkeit, an dem unveränderten Vertrag festgehalten zu werden, grundsätzlich rechtfertigen können. Dabei beginnt die Situation, welche möglicherweise eine Unzumutbarkeit des Festhaltens am bestehenden Vertrag begründet, in zeitlicher Hinsicht jedenfalls bereits mit Wirkung der behördlichen Beschränkungen, auch wenn ein Unternehmen üblicherweise kurzfristige Umsatzausfälle grundsätzlich verkraften muss. Denn von Beginn an war deutlich, dass die COVID-19-Pandemie, die zunächst mangels medizinischer Möglichkeiten außer durch Kontaktbeschränkungen selbst nicht einzuschränken war, über längere Zeit hin zu derartigen erheblichen Beeinträchtigungen führen würde. Das zeitliche Verhältnis zwischen dem streitgegenständlichen Zeitraum der Beeinträchtigungen und der Gesamtlauzeit des Mietvertrages stellt hingegen regelmäßig kein taugliches Kriterium für die Unzumutbarkeit des Festhaltens am bestehenden Vertrag dar.

Die Klägerin war in dem maßgebenden Zeitraum ohnehin in einer schlechten finanziellen Situation, die einer Existenzgefährdung, die teilweise gefordert wird, näherkommt. Der Umstand, dass sie in den vorangegangenen Jahren zeitweise nicht kostendeckend gewirtschaftet hatte, was allerdings ihr selbst zuzurechnen ist, steht einer Herabsetzung der Miete zu ihren Gunsten grundsätzlich nicht entgegen, da dies mit der für die Bewertung relevanten Situation der von keiner der Parteien verursachten und in keiner (tatsächlichen) Sphäre liegenden Pandemie nichts zu tun hat. Dieses Argument hätte lediglich für die Frage eines möglichen Kündigungsausschlusses gemäß Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1, 2 EGBGB relevant sein können, wenn die Nichtzahlung der Miete nicht gerade auf der COVID-19-Pandemie beruht. Der Umstand, dass die Klägerin insgesamt 14 Filialen betreibt, hat schon deshalb keine Auswirkungen auf die Beurteilung, weil die Folgen der COVID-19-Pandemie sämtliche Filialen grundsätzlich in gleicher Weise betreffen dürften und sie daher Verluste einzelner Filialen nicht durch Gewinne anderer ausgleichen könnte.

Die behördlichen Beschränkungen trafen die Klägerin ganz erheblich, während des Zeitraums der Schließung erzielte sie keine Einnahmen. Restaurantbetriebe waren bereits zeitlich länger von den behördlichen Einschränkungen, insbesondere

Schließungen, betroffen als beispielsweise Einzelhandelsgeschäfte. Einen Nachholeffekt nach Ende der Schließung kann es bei ihnen nur in vernachlässigbarem Umfang geben. Relevante Alternativmöglichkeiten zur Sicherung fortlaufender Einnahmen bestanden für die Klägerin in der damaligen Situation nicht. Allerdings ist ein Mieter grundsätzlich gehalten, ihm mögliche und zumutbare Maßnahmen zu ergreifen, um durch eine Änderung des bisherigen Geschäftskonzepts Verluste gering zu halten oder alternative Einnahmen zu erwirtschaften. Für grundsätzlich möglichen Außerhausverkauf ist der konkrete Restaurantbetrieb der Klägerin aber wenig geeignet, da die Zubereitung aufwendig ist und insbesondere nicht portionsweise erfolgen kann. Die Lagerhaltung und Kühlung sind bei rohem Fisch besonders problematisch. Die relevanten Umstände hat die Klägerin eingehend im Schriftsatz vom 21.7.2020 (Blatt 106 ff. der Akte) ausgeführt und im Schriftsatz vom 4.12.2020 (Blatt 183 ff. der Akte) weiter erläutert. Von ihnen ist mangels konkreten Bestreitens durch den Beklagten auszugehen. Die von der Klägerin genutzten Räumlichkeiten mögen für einen Außerhausverkauf allerdings grundsätzlich in gleicher Weise geeignet sein wie die Räume anderer Gaststätten, die gleichfalls nicht darauf angelegt sind, den möglichen Kunden die Speisen außerhalb der Räumlichkeiten optisch zu präsentieren. Mit Gaststätten, die sich ihrer Art nach einem Imbiss Betrieb nähern und die daher leicht auf einen Außerhausverkauf umstellen können, ist die von der Klägerin betriebene Gastronomie nicht zu vergleichen. Wenn die Klägerin eingehend und grundsätzlich plausibel ausgeführt hat, eine zeitweise Schließung sei für sie die am wenigsten unwirtschaftliche Alternative gewesen, so ist diese unternehmerische Entscheidung zu respektieren und könnte allenfalls nach sachverständiger Begutachtung für unbeachtlich erklärt werden, wofür allerdings der Vortrag des Beklagten keine ausreichenden Anhaltspunkte bietet. Allein der Umstand, dass eine andere Gaststätte in der StraÙe auch während der Zeiten der Schließung des Restaurantbetriebes durchgängig Außerhausverkauf betrieb, reicht mangels Einblicks in die dortige finanzielle und wirtschaftliche Struktur sowie die Hintergründe dieses Vorgehens nicht aus, zumal seinerzeit gerade die Konkurrenz der Klägerin fehlte.

Hinzu kommt, dass gerade zu Beginn des ersten Schließungszeitraums vom 18.3.2020 an in der Bevölkerung allgemein noch eine erhebliche Unsicherheit über die Infektionsgefahren durch COVID-19 herrschte so dass auch unabhängig von behördlichen Anordnungen der Kontaktbeschränkungen eine erhebliche Zurückhaltung, auch in jeglichem Konsumverhalten im öffentlichen Raum herrschte. Auch hatte sich ein allgemeiner Außerhausverkauf in den ersten Monaten noch nicht so etabliert wie im weiteren Verlauf des Jahres, insbesondere im Sommer und Herbst.

Der Klägerin ist es allerdings nach ihrem eigenen Vortrag gelungen, mit der Schließung sämtliche anderen Kosten ihres Betriebes auf Null zu senken. Allein die Miete war noch zu zahlen. Staatliche Hilfen außer Kurzarbeitergeld, insbesondere Überbrückungsgeld, hat die Klägerin nicht erhalten, ebenso keine Leistungen aus einer Betriebsunterbrechungsversicherung; dies hat der Beklagte auch weiterhin nicht konkret in Abrede gestellt. Hinsichtlich des zeitlichen Umfangs der zu erwartenden Belastungen für die Klägerin ist zu berücksichtigen, dass das Mietverhältnis noch bis zum Ablauf des 31.12.2021 fortduert, die Klägerin sich also nicht kurzfristig von ihm lösen konnte.

Bei der Betrachtung etwaiger öffentlicher Förderungen ist allerdings auch der Aspekt zu berücksichtigen, dass jede Verlagerung des Pandemierisikos auf den Vermieter im Ergebnis wiederum die öffentliche Hand entlastet (vgl. hierzu Römermann, NJW 2021, 265 ff., 268). Diese Erwägung beruht auf der gebotenen Berücksichtigung auch des rechtlichen und wirtschaftlichen Umfelds der Parteien und der wirtschaftlichen Auswirkungen einer Entscheidung des Rechtsstreits auch für Dritte, die in die Beurteilung einzubeziehen ist. Bei der COVID-19-Pandemie handelt es sich um eine ganz

außergewöhnliche allgemeine gesellschaftliche bzw. wirtschaftliche Notlage des gesamten Staates. In dieser Lage werden durch die zum Schutz der Bevölkerung ergriffenen Maßnahmen einzelne Unternehmen und Personen ganz besonders belastet, ohne dass sie oder ihre Tätigkeit dies spezifisch herausgefordert hätten. Wirtschaftlich betrachtet beruht es vielmehr auf Zufall, welcher Geschäftsbetrieb durch die Maßnahmen zur Eindämmung der Pandemie betroffen ist und in welchem Maße. Es wäre grundsätzlich Aufgabe der Allgemeinheit, diese spezifischen Lasten einzelner auszugleichen und damit die Lasten in der Gesamtbevölkerung soweit wirtschaftlich möglich anteilig zu tragen. Das Zivilrecht ist weder dazu berufen noch in der Lage, einen gesamtgesellschaftlichen Lastenausgleich herzustellen, sondern regelt grundsätzlich nur die Beziehung einzelner zueinander (vgl. Streyll, NZM 2020, 817 ff., 822, m.w.N.). Dementsprechend ist es auch nicht ursprüngliche Aufgabe der Vermieter, spezifisch einen Teil der gesamtgesellschaftlichen Lasten der Pandemie zu tragen.

In gleicher Weise stellt sich die Frage, warum der Vermieter an den Folgen der Pandemie für den Mieter teilhaben soll, nicht aber auch andere Vertragspartner eines Mieters, bei deren Geschäftsbeziehungen zu dem Mieter sich die Folgen der Pandemie auch, möglicherweise in anderer Weise, auswirken können. So können auch Leistungen anderer Vertragspartner, beispielsweise zum Betrieb des Mietobjekts oder bezogen auf den erfolgten Einkauf von Saisonware, die wegen der behördlichen Schließungen nicht hinreichend verkauft werden kann, ihren subjektiven Wert für den Mieter verlieren oder in ihm wesentlich herabgesetzt sein. Dabei ist es nicht so, dass außer dem Vermieter ausnahmslos jeder Vertragspartner in der einen oder anderen Form selbst von der Krise betroffen wäre. Dies wird bei Lieferanten oder Energieversorgern so sein. Im Übrigen hängen die Folgen der Pandemie aber für jedes einzelne Unternehmen auch von zahlreichen anderen Faktoren ab, insbesondere auch davon, ob es gelingt, alternative Einkommensmöglichkeiten zu erschließen, bis hin zu sogenannten „Kriegsgewinnlern“, die es vermögen, ihren Umsatz gerade infolge der Pandemie erheblich zu steigern, so dass eine generelle Beurteilung insoweit nicht erfolgen kann. Dieser zu beachtende Aspekt der Risikozuweisung möglicherweise auch an Dritte hinderte aber eine Anpassung des unmittelbar durch die Folgen der Pandemie betroffenen Vertrages zu Gunsten des Mieters nicht. Diese Erwägungen sind lediglich in die Gesamtbetrachtung einzubeziehen.

Einer Herabsetzung der Miete für den Zeitraum der Schließung des Restaurants und der nachfolgenden behördlichen Beschränkungen stehen aber die gleichfalls zu berücksichtigenden wirtschaftlichen Verhältnisse des Beklagten als Vermieter entgegen. Diese sind gleichfalls zu berücksichtigen, da eine Entlastung der Klägerin, weil das Festhalten am unveränderten Vertrag für sie unzumutbar wäre, zwangsläufig eine zusätzliche Belastung des Beklagten als Vermieter zur Folge hätte. Die Entscheidung über die Rechtsfolgen einer Störung der Geschäftsgrundlage muss alle Umstände des Einzelfalls beachten und kann demzufolge nur unter Berücksichtigung der Interessen beider Vertragsparteien getroffen werden. Den Interessen der Klägerin an einer finanziellen Entlastung entgegen stehen auf Seiten des Beklagten dessen eigene finanzielle Verpflichtungen, die er mit den Mieteinnahmen bedienen muss, mit der Folge, dass er in besonderem Maße auf die Mieteinnahmen angewiesen ist.

Ausweislich seiner Angaben in der mündlichen Verhandlung vom 11.6.2021 und in seinem Schriftsatz vom 30.6.2021 (Blatt 281 ff. der Akte) trafen den Beklagten im Jahre 2020 Darlehensverpflichtungen von jährlich 105.275,80 €, also monatlich rund 8.773,- €. Hinzu kämen die Betriebskosten für das Objekt im Jahre 2020 in Höhe von anzusetzenden 98.929,82 €, monatlich also im Durchschnitt 8.244,15 €. Danach ergibt sich eine Gesamtbelastung von 204.205,62 € bzw. monatlich im Durchschnitt 17.017,15

€. Diese ist zur Ermittlung des auf die Klägerin entfallenden Anteils nach dem Verhältnis der Mieteinnahmen für die Gewerberäume und den für die Wohnungen aufzuteilen. Die Mieteinnahmen einschließlich Betriebskostenvorauszahlungen der Wohneinheiten des gesamten Objekts betragen 136.417,66 €. Die Mieteinnahmen einschließlich Betriebskostenvorauszahlungen der Gewerberäume betragen 91.200,- € ([7.100,- € + 500,- €] x 12). Ausgehend von dem Gesamtbetrag von 227.617,66 € entfallen mithin auf die Klägerin 40 % und auf die Wohnungsmieter insgesamt 60 %. Auf die Klägerin entfällt mithin ein Anteil von 40 % der Gesamtbelastungen von 204.205,62 €, also insgesamt 81.682,24 € bzw. monatlich 6.806,86 €. Diesen Verpflichtungen des Beklagten in dem maßgeblichen Zeitraum April und Mai 2020 standen von der Klägerin vertraglich geschuldete Mieten einschließlich Betriebskostenvorauszahlungen in Höhe von 7.600,- € monatlich, für zwei Monate mithin 15.200,- € gegenüber.

Wenn auch hiernach ein Differenzbetrag von monatlich rund 800,- € verblieb, den der Beklagte nicht für die Erfüllung seiner Darlehensverpflichtungen benötigte, so wiegt doch der Umfang seiner eigenen regelmäßigen Darlehensverpflichtungen so schwer, dass wiederum ihm eine Herabsetzung der von der Klägerin geschuldeten Miete nicht zumutbar ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Beklagte den Betrag von monatlich 800,- € nicht ohne weiteren ansparen kann, da er ihn gar nicht benötigt, sondern dass er auch sonstige Kosten tragen muss. Denn nicht nur verursacht eine Immobilie weitere regelmäßig anfallende, nicht auf die Mieter umlegbare Kosten, sondern für ihn fallen auch ganz allgemeine Lebenshaltungskosten an. Maßstab einer etwaigen Herabsetzung der geschuldeten Miete ist nicht die Frage, welchen Teil der Mieteinnahmen der Vermieter nicht zwingend benötigt. Vielmehr sind die beiderseitigen Interessen darauf hin abzuwägen, ob es auch dem Vermieter, der seine vertraglich geschuldete Leistung der Überlassung der Mietsache weiterhin uneingeschränkt erbringt, im Hinblick auf die wirtschaftliche Situation der Klägerin gleichfalls zuzumuten ist, auf einen Teil der Miete zu verzichten. Dies ist bei erheblichen aus den Mieteinnahmen zu abzudeckenden Verbindlichkeiten nicht mehr der Fall.

Soweit als den Beklagten nicht endgültig in gleicher Weise belastende Möglichkeit einer Entlastung der Klägerin eine Anpassung des Vertrages in Gestalt einer Stundung der Mieten in Betracht gekommen wäre, so wäre diese aber zwischenzeitlich mehr als ein Jahr nach dem maßgebenden Zeitraum jedenfalls beendet.

Die Klägerin hat die Kosten ihres ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittels zu tragen (§ 97 Abs. 1 ZPO).

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

Die Revision war zuzulassen, da die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 Nrn. 1, 2 ZPO).